— A denominação de convênio *não modifica a natureza do negócio jurídico que é, na verdade, contrato administrativo.*

— Sendo defeituoso, do ponto de vista legal, não é oponível à administração, não podendo a exegese de suas cláusulas conduzir ao absurdo jurídico.

— A cláusula nula não enseja a interrupção da prestação do serviço público pelo contratante privado.

— A nulidade do contrato há de ser declarada por ato formal da administração ou por sentença judicial, impondo-se, até então, a continuidade do serviço público.

— O reajustamento de preços nos contratos administrativos subordina-se a critérios definidos em lei.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República
Parecer nº S-001, de 17 de outubro de 1985.
"Aprovo. Publique-se. Em 17.10.85."

PARECER Nº S-001

I

OS FATOS E A CONSULTA

O Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, através do Aviso nº 206, de 8 de julho de 1985, solicitou ao Sr. Presidente da República o pronunciamento desta Consultoria-Geral no tocante à "argüição de débito da Previdência", para com os bancos privados, formulada pela Federação Nacional dos Bancos e pela Federação Brasileira

das Associações dos Bancos pelo Ofício nº 4/84, de 11.1.84, dirigido ao secretário de Finanças do Iapas (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), e várias vezes reiterada, quer ao Iapas (Ofícios n.os 17/84, de 12.3.84; 7/84, de 15.5.84; 20/85, de 25.2.85), quer ao próprio ministro, anterior e atual (Ofícios n.os 18/84, de 13.3.84; 78/84, de 15.5.84; 234/84, de 26.11.84; 19/85, de 25/2/85; e 60/85, de 22.5.85). (v. fls. 1-21).

2. A pretensão do sistema bancário privado, representado pelas duas Federações, fundamenta-se na elevação das taxas cobradas pelo Banco Central do Brasil para as *operações de liquidez*, as quais, fixadas em 4,33% ao mês, ao tempo da celebração dos *convênios*, no período de 5 de setembro de 1979 a 5 de agosto de 1983, foram posteriormente elevadas, por duas vezes, pelas Resoluções do BCB de n.os 881, de 20.12.83, e 914, de 14.5.84.

3. Pela Resolução nº 881, o custo dessas operações, até então de 4,33% ao mês, passou a ser idêntico à última taxa de reajustamento mensal divulgada pelo Banco Central para as Obrigações do Tesouro Nacional — Tipo Reajustável, previstos os seguintes acréscimos de juros:

a) à taxa de 12% ao ano, nas apurações acima do limite do contrato e até mais uma vez o seu valor;

b) à taxa de 24% ao ano, nas operações que excedam duas vezes o limite de crédito.

4. Posteriormente, nova Resolução do Banco Central, de nº 914, de 14.5.84, vinculou o custo das operações de empréstimos de liquidez ao financiamento *overnight* para operações lastreadas em títulos federais, diariamente estabelecido pelo Banco Central, estipulando expressamente que a esse custo se acrescentem juros, variáveis entre 6% e 18% ao ano, e prevendo já a regra alternativa para a hipótese de o Banco Central deixar de fixar taxas de financiamento *overnight*.

5. Em resumo, de um lado o Iapas entende que deve e está pagando aos bancos a remuneração de 4,33% ao mês — taxa vigorante à época da assinatura dos *convênios* —, calculada sobre o saldo devedor da conta de pagamentos de benefícios; de outra parte, sustentam os bancos que a taxa remuneratória em questão deverá acompanhar as variações do custo das operações de liquidez, fixado pelo Banco Central, que as onerou por duas vezes, após firmados os ajustes.

6. Considera o Iapas que os serviços convencionados com os bancos e por eles prestados são adequada e corretamente remunerados, mediante os seguintes pagamentos:

a) pela taxa de 0,20%, paga pelo Iapas, pela execução dos serviços de arrecadação das contribuições e quaisquer rendas ou parcelas devidas ao Fundo de Previdência e Assistência Social e as em favor de terceiros recolhidas por intermédio dos bancos;

b) pela taxa de 0,35%, pela execução dos serviços de pagamentos de benefícios, correspondentes às prestações e outras despesas pagas aos segurados da Previdência Social e respectivos dependentes, assim como a credores do INPS e do Iapas;

c) pela taxa de 4,33% ao mês, paga sobre o saldo devedor da conta de pagamentos de benefícios, toda vez que não suprida de recursos pelo Iapas, na forma convencionada;

d) pelas vantagens, direta e indiretamente obtidas pelos bancos, em conseqüência da permanência nos seus cofres e no seu giro comercial, durante o prazo médio de oito dias, de todos os recolhimentos efetuados na conta de arrecadação, pelos quais o Iapas não percebe rendimentos.

7. Os bancos contraditam que as tarifas ajustadas para remunerar os serviços de arrecadação e de pagamentos, por ocasião da realização dos *convênios*, não cobriam os custos operacionais e que "a permanência do saldo credor na conta de arrecadação

complementaria o pagamento", embora reconheçam, expressa e significativamente, que, "como resultado natural da intensa competição existente no mundo bancário, em especial na captação de fundo", eles "repassam, a grande número de seus clientes, parte substancial dos rendimentos destes arrecadados", auferidos durante o "período de permanência" nos seus giros, da mesma forma que afirmam realizar com sua clientela "financiamentos vinculados à arrecadação, com taxas extremamente reduzidas, resultantes da montagem de operações de crédito sem desencaixe" (ofício citado, FBN-60/85, de 22 de maio de 1985, fls. 1-2 do processo).

8. Vale dizer que, essencialmente, admitem os bancos as vantagens, direta e indireta, que para eles resultam da "captação de fundos" e de clientes.

9. A consulta vem instruída com parecer da Secretaria de Finanças do Iapas (fls. 65-8), a qual, depois de apresentar "descrição resumida, com breve comentário, da situação atual do sistema de arrecadação e pagamento de benefícios", encaminha "proposta para modificação do *convênio* assinado com os bancos, atualmente em vigor, nos aspectos mais relevantes".

10. Sobre este estudo pronunciou-se o presidente do Iapas, em data de 31.5.85, opinando pela conveniência da modificação do convênio existente de maneira a instituir-se sistema de compensação diária, no Banco do Brasil, de toda a arrecadação do dia, processada pela rede bancária, com a contrapartida do reembolso, também diário, aos bancos, pelo Banco do Brasil à conta do Iapas, das quantias correspondentes aos benefícios pagos aos segurados da Previdência Social.

Propôs, ainda, a mesma autoridade que, na renegociação, se assegurasse a remuneração do saldo médio da arrecadação do Iapas (fls. 69).

11. Submetido o processo ao Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, determinou S. Exa. à Consultoria Jurídica do seu Ministério a "apreciação do convênio em apreço, do ponto de vista de sua legalidade e legitimidade", por despacho de 6.6.85.

12. Manifestou-se o Sr. Consultor Jurídico, no sentido de que o instrumento do *convênio* "incidiu, efetivamente, em defeitos ou vícios arrolados na lei e na doutrina como perniciosos à sua legalidade e legitimidade, estando a exigir correção" (Parecer CJ/MPAS nº 65/85, item 13, fls. 72).

Observa que "não se cuida aqui, desde já, de propor a denúncia do convênio sob exame, se não sua reformulação" (item 18), concluindo da seguinte forma:

a) sugere a busca, através de negociação com os bancos, de "solução adequada à justa composição dos interesses em jogo", "desde que se encontre a correta equivalência entre as vantagens e obrigações atribuídas a cada uma das partes";

b) concorda com o pronunciamento do presidente do Iapas, considerando que a solução alvitrada "atende às conveniências recíprocas dos convenentes, pois mantém a prestação dos serviços pelos Bancos, com a mesma remuneração agora percebida, e exonera a Previdência dos ônus excessivos da taxa de liquidez, sem, contudo, deixar aos bancos saldos negativos na conta de pagamentos";

c) por último, no tocante ao período pretérito, considera "que não se justifica nenhum pagamento de diferenças por parte da Previdência Social à rede bancária" (fls. 73).

13. O Sr. Ministro proferiu despacho determinando ao Iapas a imediata negociação "para o estabelecimento de novas regras no *convênio* a estabelecer-se e a viger", assim como, "no que diz respeito à argüição de débito da Previdência, que a Consultoria Jurídica não admite", e cuja conclusão aprovou, solicitou o parecer desta Consultoria-Geral, deferido pelo Sr. Presidente da República e solicitado pelo Aviso nº 391/85, do Sr. Ministro Chefe do Gabinete Civil.

14. Segundo informações constantes do processo, os convênios não foram publica-

dos no *Diário Oficial* e foram assinados pelo diretor da Contabilidade e Finanças do INPS, sem prévia delegação de competência do presidente da autarquia, ao qual, regimentalmente, caberia subscrevê-los.

II

O PARECER

15. Examinada a questão, à luz dos documentos constantes do processo, e no limite da consulta, passo a opinar sobre a argüição de débito da Previdência Social para com a rede bancária privada, que pretende haver do Iapas, sobre o saldo devedor da conta de pagamentos de benefícios, remuneração corrigida conforme as alterações da taxa de liquidez introduzidas pelo Banco Central do Brasil posteriormente à celebração dos *convênios* firmados entre 5 de setembro de 1979 e 5 de agosto de 1983.

16. O vocábulo *convênio,* que se tem vulgarizado, é de uso relativamente recente na linguagem das leis e da administração. Dicionarizado por Domingos Vieira, Cândido de Figueiredo, Laudelino Freire, Antenor Nascentes, pelo moderno Moraes, edição de João Pedro Machado, sem excluir o Aurélio, com a acepção de ajuste, convenção, acordo, pacto, convenção ou pacto internacional, pelo menos uma vez foi empregado por Ruy Barbosa, a propósito de convenção entre entes públicos. Em trabalho sobre limites interestaduais, lê-se esta passagem:

"— no arbitramento de que se trata, não seria admissível renúncia alguma às garantias consagradas no compromisso; pois, sendo elemento substancial deste a aquiescência do poder legislativo estadual e do poder legislativo nacional, o *convênio,* onde estes, com o seu solene consenso, estabeleceram a lei, a que os juízes compromissórios deviam obedecer, não podia ser derrogado pelos governos dos Estados compromitentes, ou seus procuradores, embora tal fosse a sua intenção, inequivocamente declarada" (*Obras completas,* XLII, 1915, I, p. 127).

17. A Constituição sul-rio-grandense de 1947 aludiu aos convênios dos quais o estado participasse, subordinando-os à aprovação da Assembléia Legislativa, art. 46, XX. No tocante aos municípios, prescrevia que poderiam "estabelecer *convênios* com o Estado para execução de obras de saneamento e de urbanização ou a exploração de serviços e outros de mútua conveniência" (art. 147), competindo às câmaras municipais "autorizar ajuste, convênios e contratos de interesse municipal" (art. 154, VIII).

A atual Constituição do Rio Grande do Sul, de 1970, mantém a linguagem, dispondo que incumbe "ao Governador do Estado, privativamente, celebrar *convênios* para execução de obras ou serviços de interesse do Estado" (art. 66, XII), e que "é da competência exclusiva da Assembléia (...) aprovar os *convênios* em que o Estado for parte" (art. 27, XV). Já o art. 149 prescreve que: "(...) os municípios poderão celebrar *convênios* entre si, com o Estado e a União, para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais.

§ 2º Poderão os municípios, ainda através de *convênios* ou consórcios aprovados por leis municipais, criar entidades e autarquias intermunicipais para a realização de obras, atividades ou serviços específicos de interesse comum."

18. No plano federal, as Constituições não empregavam o vocábulo; a de 1891 aludiu a "ajustes e convenções sem caráter político" que os estados podiam celebrar entre si, art. 65, 1º, os quais deveriam ser aprovados pela União, art. 48, nº 16.

19. Não obstante, passou a ser empregado para designar ajustes ou pactos entre entidades de direito público, interno ou internacional, o mais antigo dos quais talvez seja o de 17.10.1895, entre Pernambuco e Alagoas, "para a boa fiscalização e cobrança dos direitos nas estações limítrofes dos re-

feridos Estados", aprovado pelo Decreto presidencial nº 2.328, de 20 de agosto de 1896.

A ele, outros convênios se seguiram, *v.g.*:

a) entre o Ministério da Fazenda e Mato Grosso, para repressão do contrabando, aprovado pelo Decreto presidencial nº 4.400, de 6 de maio de 1902;

b) entre os governos do Brasil e da Argentina, para proteção de marcas de fábrica, aprovado pelo Decreto legislativo nº 1.425-A, de 28 de novembro de 1905, e mandado executar e cumprir pelo Decreto presidencial nº 5.877, de 3 de fevereiro de 1906;

c) entre os estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, visando à valorização do café, à disciplina do seu comércio, ao aumento do seu consumo e à criação de caixa de conversão, conhecido como o *Convênio de Taubaté*, aprovado pelo Decreto legislativo nº 1.489, de 6 de agosto de 1906;

d) entre Minas Gerais e Espírito Santo, sobre questão de limites, aprovado pelo Decreto legislativo nº 2.699, de 26 de dezembro de 1912;

e) entre os governos do Brasil e do Uruguai, de 15.5.13, sobre tráfego mútuo internacional das linhas férreas entre as cidades de Santana do Livramento e de Rivera, bem como das linhas que delas partam, aprovado pelo Decreto legislativo nº 2.838, de 24 de dezembro de 1913, e mandado executar e cumprir pelo Decreto presidencial nº 11.088, de 19 de agosto de 1914;

f) entre as instituições de previdência social, para execução em comum de serviços, visando a assegurar-lhes maior eficiência e rendimento, autorizado pelo Decreto nº 41.188, de 22 de março de 1957.

20. *Acordo* foi a expressão proferida pela Constituição de 1934, art. 5º, § 1º, pela Carta de 1937, art. 55, *b*, e pela Constituição de 1946, art. 18, § 3º:

"(...) mediante *acordo* com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas atividades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo as necessárias despesas."

21. A Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, introduziu o vocábulo "convênio" no texto constitucional:

"(...) os Estados e Municípios que celebrem com a União *convênios* destinados a assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos" (art. 22).

22. O Código de 1967 preferiu falar de *convênio*, art. 8º, § 1º, repetindo-o a Carta vigente, art. 13, § 3º, *verbis*:

"(...) a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar *convênios* para a execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais" (art. 13, § 3º).

E o § 6º do art. 23:

"(...) as isenções do imposto sobre operazões relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em *convênios*, celebrados pelos Estados, segundo o disposto em Lei Complementar" (ver, também, os arts. 19, § 7º, e 27 do texto primitivo).

23. Desses *convênios* ocupa-se, por sua vez, a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975.

24. Sob a designação de *acordo* ou *convênio*, cuidava-se e se cuida da celebração de contratos entre pessoas jurídicas de direito público para regular assunto de competência inequivocamente estatal.

25. O Código Tributário Nacional, de 1966, ao dispor sobre "Normas Gerais de Direito Tributário", enuncia que:

"São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e

dos decretos: (...) os *convênios* que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios" (art. 100, IV).

A *convênios* ainda se refere o Código nos arts. 83, 102, 103, III, 199, 213 e 214.

26. O Decreto-lei nº 200/67, a seu turno, prescreve:

"Art. 10. A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

a) (...);

b) da administração federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante *convênio;*

c) da administração federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões. (...)

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante *convênio,* aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes."

"Art. 160. A Superintendência Nacional de Abastecimento ultimará, no mais breve prazo, a assinatura de convênios com os Estados, Prefeitura do Distrito Federal e Territórios com o objetivo de transferir-lhes os encargos de fiscalização atribuídos àquelas superintendências."

Dispondo sobre "integração dos transportes", mais uma vez emprega a expressão em tela:

"A integração poderá operar-se gradualmente, celebrando-se, quando necessário, *convênios* entre os dois Ministérios" (art. 164, § 1º).

Assim, na linguagem do Decreto-lei nº 200 reserva-se a expressão convênio para significar contratos celebrados entre pessoas jurídicas de direito público, embora o § 2º do art. 156 abandone essa terminologia:

"Na prestação da assistência médica dar-se-á preferência à celebração de *convênios* com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade."

Em todos os casos, porém, a nota publicística é visível.

27. No caso da consulta, parece-me fora de dúvida que o *convênio* em tela envolve contrato administrativo ou contrato regido pelo direito público. Como convenentes, aparecem de um lado duas pessoas jurídicas de direito público: o Iapas e o INPS; de outro, os bancos, pessoas jurídicas de direito privado, em relação às quais é inegável a delegação de poder estatal.

Contribuições previdenciárias

28. Embora haja quem sustente não ter a contribuição previdenciária natureza tributária, é farta a doutrina, e do melhor quilate, no sentido de considerá-la modalidade de tributo. A simples enumeração dos autores que assim entendem dispensa qualificações e comentários. Vejam-se, por exemplo: Rubens Gomes de Sousa (*Revista de Direito Administrativo, 115*:102 e 124); Aliomar Baleeiro (*Direito tributário brasileiro*. 9. ed. 1980. p. 60, 69, 585 e 586); Ruy Barbosa Nogueira (*Direito financeiro, curso de direito tributário*. 3. ed. 1971. p. 142); Alfredo Augusto Becker (*Teoria geral de direito tributário*. 2. ed. 1972. p. 350); Geraldo Ataliba (*Hipótese de incidência tributária*. 1984. nº 75. p. 170).

29. No mesmo sentido é a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, abundante, reiterada, coerente. A título de exemplo, vão estas indicações: Apelação Cível nº 58.003-MG — Relator Ministro Wilson Gonçalves — 6ª Turma — 1º de outubro de 1980 — *DJ,* 20.11.81; Apelação Cível nº 64.478-MG — Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro — 4ª Turma — 6 de outubro de 1980 — *DJ,* 4.12.80; Embargos na

Apelação Cível nº 50.134-SP — Relator Ministro Miguel Jerônimo Ferrante — 2ª Seção do TFR — 14 de outubro de 1980 — *DJ*, 25.6.81; Apelação Cível nº 62.639-MG — Relator Ministro Wilson Gonçalves — 6ª Turma — 9 de fevereiro de 1981 — *DJ*, 26.3.81; Apelação Cível nº 70.075-MG — Relator Ministro Carlos Mário Velloso — 4ª Turma — Unânime — 11 de maio de 1981 — *DJ*, 4.6.81, p. 5.334; Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 58.666-SP — Relator Ministro Carlos Mário Velloso — 2ª Seção do TFR — 26 de maio de 1981 — *DJ*, 11.9.81; Apelação Cível nº 103.287 — Paraná — Relator Ministro Geraldo Sobral — 5ª Turma — Unânime — 14 de agosto de 1985 — *DJ*, 12.9.85, p. 15.367.

30. Ora, poucas coisas serão mais tipicamente estatais que a arrecadação de tributo (Baleeiro, Aliomar. *Finanças* 4. ed. 1968. p. 157). Mas mesmo que se entenda que a contribuição previdenciária não tem caráter tributário, nem por isso mudaria a natureza jurídica do contrato em exame, uma vez que a Previdência Social constitui serviço público, e tanto a receita que a mantém, como os pagamentos que efetua, são prestações de serviço público, que só por delegação estatal poderão ser desempenhadas por entidades privadas. De modo que o *convênio* em tela é, fora de dúvida, um contrato administrativo, obviamente regido pelo direito público.

De resto, a Previdência Social não só é um serviço público, por natureza; ela o é por expressa cláusula constitucional (art. 165, XVI e parágrafo único; cf. art. 125, § 3º).

31. Mesmo admitido não tenha natureza tributária, a contribuição previdenciária, e que outra conceituação lhe fosse dada, a questão não mudaria. Tributária, ou não, por força de lei a contribuição previdenciária é devida ao Estado e só ao Estado, assim como o pagamento dos benefícios, na Previdência Social, é encargo do Estado, e só do Estado. Insere-se em um serviço público, criado por lei e regido pela lei; e mais, decorrente de cláusula constitucional.

32. Por força de contrato, no caso denominado *convênio* — e por delegação —, os bancos passaram a desempenhar dupla tarefa desenganadamente estatal: arrecadar a contribuição e pagar benefícios previdenciários.

Nomen juris

33. A designação em exame corresponde ao negócio jurídico celebrado entre o Iapas e o INPS, de um lado, e os bancos, de outro? Parece-me que não, uma vez que o pacto celebrado entre a administração, através de suas autarquias, e sociedades mercantis, que exercitam a atividade bancária, é um contrato administrativo, pelo qual atividades estatais são deferidas a entidades de direito privado e, embora o *nomen juris* não seja decisivo para a conceituação do negócio jurídico,* é evidente que a legislação por *convênio* tem designado contratos celebrados por entes públicos e regidos pelo direito público.

Contrato administrativo

34. Com efeito, já passou o tempo em que se negava a existência de contratos que não os de direito privado; há longo tempo ficou assentado que o contrato transcende as divisões do direito, tornando-se conceito genérico, de curso assim no direito privado como no direito público, no direito interno como no direito internacional — Savigny.

---

* Bessone, Darcy. *Do contrato*. 1968. nº 98. p. 230-1: "O *nomen iuris* adotado pelas partes, para a qualificação do contrato, é de importância secundária (...) *Il y a le nom et la chose*, dizem os franceses, querendo significar que o nome não altera a essência da coisa. (...) Mas o *error in negotio* não obriga o intérprete. Ao contrário, é seu dever corrigi-lo. O Código Federal da Suíça recomenda ao exegeta o abandono das 'dénominations inexactes' (art. 18)."

Le droit des obligations. 1873. II. § 52. p. 147; id. *Sistema del diritto romano attuale*. 1900. III. § 140. p. 407; Jellinek. *Sistema del diritti publici subbiettive*. 1912. p. 224 e 366; Duguit. *Traité de droit constitucionnel*. 1927. I. § 65. p. 697; e 1928. II. § 26. p. 365.

35. A propósito, limitar-me-ei a recorrer ao magistério do meu sábio professor de direito administrativo. Eis como se exprime Ruy Cirne Lima:

"O que, na verdade, qualifica como tal o contrato administrativo é a relação de administração, que nele se manifesta. O fim que polariza a relação de administração, a *causa finalis*, não poderá faltar, sem dúvida, ao contrato administrativo; há de manifestar-se, porém, imediatamente, pela consumação do negócio jurídico, ainda que *ultima in executione*, de vez que *prima in intentione*. Uma pessoa administrativa há de ser, por certo, um dos agentes, no contrato administrativo; mas, somente, enquanto traduz essa qualificação subjetiva, uma exigência imediata da natureza mesma da relação de administração.

Posta em tais termos a qualificação jurídica do contrato administrativo, podem compendiar-se-lhes os requisitos numa fórmula sucinta: a) um dos contratantes há de ser uma pessoa administrativa, pessoa jurídica chamada à existência pela relação de administração; b) o objeto de uma, ao menos, das prestações obrigacionais há de ser, ou um fato que represente o exercício da atividade de administração pública, ou uma cousa do domínio público ou do patrimônio administrativo; — o fato, desdobramento ativo da relação de administração; a cousa, integrante passiva dela" (*Sistema de direito administrativo brasileiro*. 1953. I. § 15. nº 14. p. 158; id. *Princípios de direito administrativo*. 4. ed. 1964, § 11. n. 3. p. 89-90).

Anteriormente o mesmo autor já se ocupara do tema em *Os contratos do Estado e o direito administrativo* (1943, Justiça, v. XXII. p. 5-13), ao qual haveria de retornar em *Contratos administrativos e atos do comércio*. Desse estudo extraí a seguinte passagem:

"Para chegarmos, pois, a afirmar a existência de um contrato de direito administrativo, força é que deparemos, no negócio jurídico contratual sob exame, as qualificações seguintes: a) no que concerne aos sujeitos, um, ao menos, há-de ser uma pessoa administrativa, como tal existencialmente vinculada ao fim característico da administração pública e, conseqüentemente, submetida ao direito administrativo; b) no que respeita ao objeto — não o objeto da obrigação, mas o objeto de uma, ao menos, das prestações obrigacionais —, este terá que ser: I) ou alguma coisa do domínio público, ou do patrimônio administrativo, como tal vinculada ao fim característico da administração pública e, por igual, submetida ao Direito Público; II) ou um fato que, diretamente, represente o exercício da própria administração pública ou atividade administrativa, como tal regido necessariamente pelo direito administrativo" (*Revista de Direito Administrativo, 32*:23).

Meu eminente antecessor, o Prof. Darcy Bessone, por sua vez, salientou que "*o contrato administrativo* ou de *direito público* constitui, já, construção vitoriosa, à qual não falta, sequer, uma teoria geral", observando agudamente: "não se deve exigir do contrato de direito público identidade com o de direito privado. Se as características de ambos e o regime jurídico a que se submetem fossem idênticos, a especificação não se justificaria. Devem eles diversificar-se na estrutura e no funcionamento, para que possam ser considerados como categorias específicas distintas" (op. cit. nº 25, p. 65).

A todas as luzes, o *convênio* em exame é um contrato administrativo — sujeito, por conseguinte, à sua disciplina conceitual e legal.

36. Da natureza jurídica do *convênio* decorre a solução do problema submetido à apreciação desta Consultoria.

37. Como exposto, os bancos obrigaram-se a proceder à *arrecadação* das contribuições previdenciárias e ao *pagamento* aos segurados ou seus dependentes e a credores do INPS e do Iapas. Pela execução do *serviço de arrecadação* o Iapas lhes pagaria 0,20% sobre o valor arrecadado e o INPS 0,35% sobre os valores pagos em seu nome. De outra parte, a arrecadação realizada de segunda a sexta-feira de uma semana só na quinta-feira da semana subseqüente, ou no primeiro dia útil seguinte, seria recolhida ao Banco do Brasil, Rio de Janeiro. Durante oito dias em média, o dinheiro arrecadado ficaria gratuitamente à disposição dos bancos — o que constitui outra modalidade de pagamento.

De outro lado, ao Iapas cumpriria suprir a conta mantida nos bancos "com 48 horas de antecedência, de 1/10 do valor dos benefícios a serem pagos no decêndio". Em caso de pagamentos sem prévia cobertura, "o Iapas responderá pelo custo equivalente cobrado pelo Banco Central do Brasil para suas operações de liquidez, somente pelo saldo devedor efetivamente comprovado, a partir dos lançamentos realizados na conta de pagamentos na centralizadora" (cl. XVIII), devendo o pagamento ser feito até 72 horas após efetivada a comprovação. Quer isto dizer que a administração, além de pagar 0,20% pela arrecadação da contribuição previdenciária e 0,35% sobre o montante dos pagamentos, sem nada receber pelo seu dinheiro, recolhido na conta de contribuições, utilizado e aplicado pelos bancos durante mais de uma semana — deverá ainda, remunerá-los sempre que os pagamentos, na conta de benefícios, ultrapassarem os suprimentos.

38. É de notar-se que, anteriormente aos convênios em exame, o mesmo serviço de arrecadação e pagamento era feito *sem remuneração* direta, materializando-se a retribuição aos bancos, simplesmente, pelo uso do dinheiro que permanecia em seus cofres pelo período de 30 dias.

39. Todos os convênios em análise — 86 em 1979, um em janeiro de 1980, três em 1983 — foram celebrados ao tempo em que o custo das operações de liquidez era de 4,33% a.m. No entanto, a partir das Resoluções n.os 881, de 20.12.83, e 914, de 14.5.84, ambas do Banco Central, foi acentuadamente elevado o custo das "operações de empréstimos de liquidez", motivo pelo qual pretendem os bancos receber o que consideram a remuneração devida, consistente na diferença entre a tarifa vigorante ao tempo do convênio e a que passou a existir depois da sua celebração. Essa diferença, ao que informa a administração previdenciária, supera atualmente a casa dos Cr$ 2 trilhões.

40. Suposta procedente a pretensão, à luz da cláusula contratual indicada pelos bancos, o que é admitido apenas *ad argumentandum*, caberia indagar, desde logo, se essa exegese seria compatível com a natureza jurídica do negócio celebrado, essencialmente um contrato administrativo, ainda que denominado *convênio*.

41. O Regulamento Geral de Contabilidade Pública não é um texto de ocasião; vem da Presidência Epitácio Pessoa, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922, e vigora com a categoria de lei por força do que dispõe o art. 162, da Lei nº 4.632, de 6 de janeiro de 1923. Em plena vigência no tocante à matéria específica, o Tribunal de Contas, faz mais de 60 anos, lhe dá fiel cumprimento e exige a sua observância. Nesse venerando documento legislativo inscrevem-se preceitos concernentes aos contratos administrativos que, por si só, excluem a interpretação sustentada pelos bancos.

Com efeito, assim prescreve o art. 767 desse Regulamento:

"Para a validade dos contratos serão necessárias as seguintes formalidades:

a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou de delegação, observadas as condições desta;

b) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, à conta dos quais deva correr a despesa;

c) a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza, e a verba ou crédito por onde deve correr a despesa."

A administração informa que, no INPS, a autoridade competente para "celebrar e rescindir acordos, convênios e contratos para prestação de serviços", na forma do art. 54, III, do Regimento Interno da autarquia, aprovado pela Portaria nº 1.131, de 29.6.78, do Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social, é o seu presidente, e que essa atribuição não foi delegada a nenhuma autoridade, senão pela Resolução nº INPS 13.115, de 22.12.83.

Todos os convênios, entretanto, foram praticados por autoridade incompetente, visto que assinados não pelo presidente do INPS, mas pelo diretor do Departamento de Contabilidade e Finanças, em período anterior ao ato delegatório que não os ratificou. Ademais, ainda que delegação houvesse, não satisfariam os convênios a formalidade da indicação do instrumento delegatório.

A cláusula contratual a que se apegam os bancos, quando ensejasse a sua postulação, estaria em conflito com a norma exarada, cuja observância constitui requisito essencial "para a validade dos contratos".

42. Segundo o entendimento dos bancos, a administração deixaria de pagar-lhes 4,33% a.m. sobre o saldo devedor da conta de benefícios, como vem fazendo desde a celebração dos convênios, para passar a pagar a média do *overnight*, mais juros de 6% a 18% a.a. A pretensão é infundada. Não encontra amparo no convênio. Mesmo que houvesse cláusula que a ensejasse, ela seria manifestamente ilegal. A respeito do reajuste de preços de contratos em vigor ou a serem celebrados, o Tribunal de Contas, ao aprovar voto do Ministro Luiz Octavio Gallotti, teve ocasião de decidir:

"1. a revisão de preço dos contratos de obras ou serviços deve obedecer ao disposto no Decreto-lei nº 185, de 23.2.67, e decretos que o regulamentaram;

2. nas locações prediais urbanas, a correção do aluguel está subordinada às normas constantes dos §§ 1º e 2º do art. 15 da Lei nº 6.649, de 16.5.79;

3. para outros tipos de contrato (*v.g.* locação de bens móveis) prevalece a variação estipulada pela Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977 (ORTN);

4. a periodização dos reajustes fica sujeita ao prudente critério do administrador, nos limites previstos no edital e atendidas as demais ressalvas, externadas no corpo deste voto (capítulo III);

5. as determinações do CIP constituem teto para os reajustes de preços por ele controlados, observados o índice e a oportunidade da revisão regularmente contratados (Parecer nº L-180, da Consultoria-Geral da República). TCU, 16 de setembro de 1982. *Luiz Octávio Gallotti*, Ministro-Relator."

43. No Parecer nº L-180, do então consultor-geral da República e hoje eminente ministro do STF, Luiz Rafael Mayer, citado no voto do Ministro Luiz Octávio Gallotti, vem observando que somente com o advento do Decreto-lei nº 185/67 passou a administração a ter "a faculdade de admitir a revisão de preços", nos contratos de obras ou serviços de órgãos do governo federal; antes vigorava o "princípio nominalista que, de resto, ainda constitui a norma geral imperante em nosso direito positivo, segundo a qual os valores pactuados são inalteráveis no curso dos contratos".

Em vigor o Decreto-lei nº 185/67.
"a ele cabe a regência da revisão de preços que se tenha de operar em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal. Somente por essa via legal, está a autoridade administrativa provida de legítima faculdade para proceder ao reajustamento de preços nos contratos, e, assim, quer

quanto aos seus pressupostos quer quanto aos módulos em que se deve verificar" (Mayer, Luiz Rafael. *Pareceres da Consultoria-Geral da República, 88*:328, 1979).

Aprovado pelo presidente da República, em 8.4.78, tem esse parecer caráter normativo para a administração federal, direta e indireta (ver *DOU*, 13.4.78, p. 5.252).

44. Já se vê que a exegese bancária não se concilia com nenhuma das modalidades de reajustamento de preços previstas em lei, segundo a síntese formulada pelo Tribunal de Contas. Ainda que autorizada por cláusula explícita, seria insubsistente, se o contrato inteiro por ela não fosse contaminado (Código Civil, art. 153).

45. Saliente-se, outrossim, que o convênio ignorou outros preceitos também imperativos "para a validade dos contratos" — enunciados nas letras *b* e *c* do art. 767, *verbis*:

"que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, à conta dos quais deve correr a despesa; a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza, e a verba ou crédito por onde deve correr a despesa".

Os convênios desatenderam às exigências constantes nas letras *b* e *c*, do art. 767 do Regulamento Geral de Contabilidade Pública, indispensáveis "para a validade dos contratos".

46. Foi também ignorado o preceito do § 1º do art. 775, *verbis*:

"são cláusulas essenciais e como tais não podem ser omitidas em contrato algum, sob pena de nulidade: (...) c) a que deve fazer menção expressa da disposição de lei que autoriza a celebração do contrato, bem como da verba orçamentária ou crédito adicional por onde deve correr a despesa, e a declaração de haver sido esta empenhada à conta dos referidos créditos".

Esses requisitos essenciais, não atendidos pelos convênios, têm sido fielmente observados e feitos observar pelo Tribunal de Contas, *v.g.*, voto do Ministro Wagner Estelita Campos, acolhido em plenário na sessão de 27.9.73 (*DOU*, 31.12.73, Anexo IV à Ata nº 72).

47. Descumpriu-se, ainda, o enunciado no art. 777 do mesmo diploma legal:

"Os contratos devem ter duração certa, adstrita à vigência dos respectivos créditos, não podendo o prazo exceder de cinco anos, segundo o disposto no parágrafo único do art. 767."

48. Ao demais, os bancos apropriam-se, imediata e diretamente, de parte (0,20%) da arrecadação da contribuição previdenciária, que, assim, não ingressa na receita, infringindo o princípio da universalidade do orçamento, art. 62 da Carta federal, não saindo como despesa, regularmente processada, na forma da Lei nº 4.320, de 1964.

49. De outra parte, admitindo-se que a contribuição previdenciária tenha caráter tributário, a retenção de parte do produto de sua arrecadação para pagamento de despesas bancárias, importaria violação do art. 62, § 2º, da Lei Constitucional, que veda vinculações dessa natureza.

50. Note-se que, a despeito da categórica exigência do art. 777 e da jurisprudência do Tribunal de Contas, os convênios sob exame não têm duração certa. Ainda mais, 87 dos 90 celebrados, já duram há mais de cinco anos.

51. Se não bastassem essas máculas, assinale-se ainda que nenhum deles foi publicado no *Diário Oficial*, o que é obrigatório, no prazo de 20 dias, "sob pena de serem considerados inexistentes" (art. 792 do RGCP, com as alterações decorrentes do Decreto-lei nº 426, de 12 de maio de 1938, art. 25, § 3º, e do Decreto nº 78.382, de 8 de setembro de 1976, art. 1º e § 1º) — ver voto do Ministro Ruben Rosa, sessão

de 10.10.65, *Diário Oficial*, 16.11.65, p. 11.710; parecer do Procurador-Geral Sebastião Baptista Affonso, acolhido pelo Relator Ministro Wagner Estelita e consagrado pelo Tribunal, *Diário Oficial*, 26.12.75.

52. À evidência, os convênios em tela, pelos quais largas quantias de dinheiro público têm sido suprimidas à receita e apropriadas pelos bancos — que ainda pretendem fatias maiores — estão longe de atender às normas cogentes que disciplinam os contratos administrativos.

53. Não deixa de chamar a atenção a cláusula final, de nº XXIII; por ela, mediante aviso postal de 30 dias, os bancos convenentes podem demitir-se, pura e simplesmente, do encargo assumido com a administração. Valendo-se dela, os bancos teriam o poder de paralisar a arrecadação das contribuições e o pagamento de benefícios previdenciários; em outras palavras, poderiam paralisar o *serviço público* da previdência social, com repercussões fáceis de imaginar.

A cláusula contraria um dos princípios fundamentais do serviço público, o da sua continuidade. A continuidade do serviço público decorre do seu caráter de essencialidade:

"serviço público é todo serviço existencial relativamente à sociedade" (Lima, Ruy Cirne. *Princípios*... cit. § 10. p. 82-5).

A sua consecução, a sua interrupção ou o seu colapso não podem ficar ao alvedrio do contratante privado, ao qual, mercê de declaração unilateral de vontade, se permitiria demitir-se da obrigação assumida — bem, ou mal, assumida.

Nem o fato de os convênios apresentarem as deficiências e vícios que tão fundamente os comprometem permitiria que o contratante privado tivesse a discrição de interromper a arrecadação das contribuições previdenciárias, hoje distribuída por milhares de agências bancárias, e de sustar os pagamentos de benefícios que envolvem milhões de pessoas pelo país inteiro.

Com base na citada cláusula, não poderia fazê-lo, porque é nula.

Com fundamento na nulidade do contrato, tampouco isso lhe seria facultado, visto como a nulidade há de ser declarada pela administração, através de ato formal (Súmulas n.os 346 e 473, 1ª parte, do STF), ou pelo Judiciário, por sentença. Até lá, ou até que se chegue a um entendimento quanto à remuneração discutida, os serviços têm que ser mantidos, sob as penas da lei.

O serviço público, exatamente por ser público, "existencial em relação à sociedade", não pode ser interrompido pela vontade do contratante privado. A cláusula ilustra o descompasso existente entre o pacto e a lei, o pacto a revogar a lei, como se a lei não invalidasse o pacto.

54. Os convênios não resistem a um confronto com as normas cogentes que regulam os contratos administrativos, bem como a orientação reiterada e pública do Tribunal de Contas.

CONCLUSÕES

55. Da exposição feita decorrem as seguintes conclusões:

1. O convênio em exame é um contrato administrativo, sujeito como tal à disciplina legal deste, que não foi observada na sua celebração.

2. Com base neste convênio, legalmente defeituoso, os bancos não podem exigir da administração novos e maiores pagamentos. A administração nada lhes deve, a respeito da pretendida diferença que originou a presente consulta.

3. Ainda que a cláusula invocada pelos bancos ensejasse o entendimento por eles sustentado, ela não poderia prevalecer; e, mesmo que fosse explícita, não poderia obrigar a administração, pois contraria o regime legal do contrato administrativo.

4. As próprias somas que a administração tem pago aos bancos não são induvidosas, dada a questionável legalidade dos convênios. Contudo, a administração não pode ignorar a situação há seis anos existente.

5. De modo que, assegurada a continuidade do serviço público que não pode ficar ao alvedrio de um contratante privado, seria recomendável que a administração examinasse a conveniência de: a) celebrar com os bancos privados que se interessem no prosseguimento da prestação do serviço, contrato em que, observadas as formalidades legais, se estabeleçam, de maneira eqüitativa, encargos e vantagens para ambas as partes; ou b) não havendo interesse dos bancos ou não se chegando a entendimento que atenda ao interesse público, passar o serviço a ser prestado pelos bancos oficiais, da União e dos estados, pelas caixas econômicas e pelos órgãos da própria Previdência Social.

6. Até que se chegue a uma dessas soluções, os serviços deverão ser mantidos pelos bancos, sob as penas da lei.

Sub censura.

Brasília, 17 de outubro de 1985. — ***Paulo Brossard,*** **Consultor-Geral da República.**